

Dr. sc. Milka Rakočević: *Bona fides* u parničnom postupku
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 4/2018., str. 771.- 789.

Dr. sc. Milka Rakočević, docentica
Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“
Univerziteta „Sv. Ćiril i Metodij“ u Skoplju

***BONA FIDES* U PARNIČNOM POSTUPKU -teorijska razmatranja-**

UDK: 347. 91. 95
Primljeno: 15. V. 2018.
Pregledni znanstveni rad

Procesna su ovlaštenja predviđena zakonom kako bi parnične stranke ostvarile pravnu zaštitu koju traže od suda, ali istodobno i da bi se zaštitio pravni poredak. Zbog društvene funkcije koju parnični postupak ima, sudionici u postupku dužni su ponašati se lojalno i savjesno koristiti svoja procesna ovlaštenja. Imajući u vidu široko postavljenu koncepciju savjesnog vršenja prava, u okviru parničnog postupka, na strankama primarno leži dužnost da pred sudom savjesno koriste procesna prava i da ne zloupotrebljavaju svoja procesna ovlaštenja. U radu se nastoji obraditi pitanje *bona fides* u parničnom postupku. Nakon uvodnih razmatranja o konceptu *bona fides* i teoriji zlouporabe prava u parničnom postupku, središnji i opsegom najveći dio rada posvećen je analizi pojma, značenja i funkcije principa zabrane zlouporabe prava u parničnom postupku, s posebnim osvrtom na kriterije za definiranje zloupotrebe procesnih ovlaštenja.

Ključne riječi: *zlouporaba prava, parnični postupak, savjesno vršenje procesnih ovlaštenja*

O KONCEPTU *BONA FIDES* I TEORIJI ZLOUPORABE PRAVA U PARNIČNOM POSTUPKU

U svim pozitivnim zakonodavstvima i suvremenim jurisprudencijama ideja o savjesnosti i zabrani zlouporabe prava prihvaćena je kao osnovni regulatorni princip pravnog prometa. Izdignuto na razinu osnovnog postulata u reguliranju pravnih odnosa uopće, načelo savjesnog korištenja i zabrane zlouporabe prava jest općeprihvaćeni korektivni instrument u cilju osiguranja pravilnog i zakonitog vršenja subjektivnih prava. Imajući to u vidu, sasvim je razumljivo što takva ideja dolazi do izražaja i u procesnom pravu.¹ Njzino sprovođenje u život postavlja se

¹ U procesnoj teoriji naići ćemo na razmatranja o tome može li se uopće govoriti o zlouporabi procesnih normi. Polazeći od toga da su procesne norme, po pravilu, striktno i detaljne, s jasnim i konciznim sadržajem, netko može zastupati stav da u sferi procedure ne može biti riječi o savjesnosti i lojalnosti kod njihove primjene. Naime, procesna norma može biti ili pravilno ili pogrešno primijenjena. U prilog tom stavu ide argument normiranja procesne norme od strane zakonodavca kada se istodobno postavljaju smjernice u odnosu na njezinu primjenu i u odnosu na to što se smatra povredom te norme, tako da su unaprijed poznate i sankcije za njezino kršenje. To znači da se ne ostavlja mogućnost metapравnim ili etičkim razmišljanjima. Kako je i profesor *Goldschmidt* zabilježio, „*svako procesno postupanje oslobođeno je od moralnosti*“. Danas se ovakvo gledište čini neodrživim. Ideja o procesnim zakonima

kao zadaća i u okviru parničnog postupka. Ideja savjesnosti na području civilne procedure svim sudionicima u procesu postavlja imperativ osiguranja pravilnog i zakonitog vođenja postupka.² Pravilno vođenje i provođenje javne službe kao što je proces pružanja pravne zaštite predstavljaju krajnji cilj svih *zabrana* i *dužnosti* koje se javljaju kao konkretizacija ideje savjesnog vršenja i zabrane zlouporabe procesnih prava.³

Ideja savjesnosti i zabrane zlouporabe procesnih prava norma je s visokim stupnjem apstrakcije, u čijoj osnovi leži pravni standard⁴ koji je sam po sebi neodređen i elastičan pojam čiji se sadržaj mijenja ovisno o konkretnim okolnostima.⁵

Globalni pejzaž pojave zlouporabe procesnih prava složen je i raznolik: opća ideja je najvjerojatnije prisutna posvuda jer u svakom pravnom sustavu postoji tendencija provedbe postupka u skladu s općim standardima savjesnosti i korektnosti.⁶

kao savršeno organiziranim mehanizmima koji funkcioniraju samostalno, ili kao neka vrst savršenih robota koji ne ostavljaju nikakav izbor onima koji sudjeluju u postupku potpuno je zastarjela, štoviše, takva predodžba o sudskom procesu nikada nije ni bila vjerna slika, niti je na pravi način odražavala realnost u određenom pravosudnom sustavu. Iz današnje perspektive, sustav pružanja pravne zaštite ne može se razumjeti kao zatvoreni i kompletni mehanizam gde sudionici nemaju pravo diskrecije u odnosu na svoje postupanje. Naprotiv, svi procesni sudionici, u manjoj ili većoj mjeri imaju pravo na diskrecijsko odlučivanje o tome koji će biti njihovi procesni koraci tijekom pojedinih faza ili određenog stadija postupka. Diskrecijsko odlučivanje ne odnosi se samo na sud, iako najčešće govorimo o sudskoj diskreciji. Kada je riječ o pravu na izbor u odnosu na procesno postupanje mislimo na diskreciju u užem i u širem smislu, a diskrecija znači da procesno postupanje nije strogo određeno zakonskim pravilima; diskrecija znači da se prema određenoj normi, ma koliko ona bila precizno redaktirana, ponekad može postupati na različite načine. S obzirom na navedeno, možemo reći da se procesno postupanje može promatrati s nekoliko aspekata. Postoji mogućnost složenije i višeslojnije procjene procesne aktivnosti: ne samo je li pravna ili protupravna, već je li i savjesna ili nesavjesna, poštena ili fraudolozna, pravilna ili nepravilna, korisna ili beskorisna itd. Dakle, pojmovi savjesno i korektno vršenje procesnih prava ne podudaraju se s pojmom zakonitog vršenja procesnog prava, a pojam abuzivnog vršenja procesnog prava ne podudara se s pojmom protupravnog vršenja procesnog prava. O ovome više kod M. Taruffo, „General Report: Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness“, in M. Taruffo (eds), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1999., p. 9-10.

² U tom smislu možemo reći da je kao pojava procesna zlouporaba neizbalansiranost, odnosno gubitak ravnoteže između javnog interesa za održavanje pravilnog i zakonitog tijeka postupka i tendencije da u procesu pružanja pravne zaštite svi budu jednaki, s jedne strane, te privatnog, individualnog interesa pojedinca da svoje procesno pravo vrši onako kako on želi, s druge.

³ U tom smislu Б. Благојевић, *Начела приватног процесног права*, Београд, 1936., str. 127-128.

⁴ Pravni standard označava instrument pravne tehnike s kojim se susrećemo u svim pravnim sustavima – pod različitim imenima i različitim razumijevanjem sadržaja, značenja i opsega formule u kojoj se standard izražava. Standard je neka vrsta pravnog pravila, u najširem smislu pojma pravilo: pravilo ponašanja čiji se sadržaj ne daje unaprijed, ni u smislu pretpostavki niti u smislu sankcija. Konkretni sadržaj standarda određuje sudac u konkretnom slučaju, s obzirom na sve specifične okolnosti. Tako, M. Marković, „*Generalne klauzule*“, Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu, 1968., sv. 7(1968), str. 9.

⁵ Kada se zakonodavac ne bi služio pravnim standardom za reguliranje predmetne materije, da bi se postigao željeni cilj, morao bi predvidjeti beskonačno mnoga pravila s potpuno određenim dispozicijama kroz koje će opisati savjesno ponašanje za svaki pojedini slučaj, odnosno svako djelovanje koje smatra nesavjesnim. Naravno, to nije moguće, niti je korisno s obzirom na to da zakonodavac ne može predvidjeti sve situacije koje život može donijeti.

⁶ Kao istaknuti talijanski procesualist, profesor Taruffo, navodi: „*Ova se ideja pojavljuje u različitim oblicima i raznolikim i ponekad fragmentiranim dimenzijama. Pejzaž nije klasičan i miran, čiste linije, svijetle boje i racionalne perspektive. Naprotiv, riječ je o modernoj, u nekim dijelovima apstraktnoj slici,*

Po svojoj je prirodi pravilo koje normira zabranu zlouporabe prava na području procesnog prava korektivna norma s etičkim sadržajem. Naime, danas, kada je sve dublji jaz između dobrih normi i loše primjene tih normi, između prirodnog u normama i neprirodnog u njihovu ostvarenju, kada se sagledavaju gotovo dva odvojena svijeta, apstraktni svijet normativnog i znanstvenog, s jedne strane, te konkretni, praktični svijet, pun nesavjesnosti, nepoštenja i nepravde, s druge strane, valja inzistirati upravo na konkretnoj primjeni etičkog u pravu.⁷

Doktrina o zlouporabi procesnih ovlaštenja zauzima važno mjesto u građanskom postupku. Njezin enormni značaj za pravilno i zakonito ostvarivanje sustava građanske pravde i njezina nesporna uloga na području provođenja pravde, ogledaju se i u tome što se ideja o savjesnosti u građanskim parnicama i zabrane zloupotrebe procesnih prava pojavljuje kao jedna od rukovodnih maksima u procesnom pravu. Iako je ponekad različito formulirano u normativnim aktima, ovo načelo postoji u svim suvremenim procesnim pravima, pa stoga i stječe univerzalni karakter.⁸ Potvrđujući univerzalnu vrijednost visokih etičkih kategorija na području civilne procedure, i u međunarodnom pravnom poretku uočiti ćemo odlučnost da se ideja o zabrani zloupotrebe procesnih prava prihvati kao takva.⁹

s križanjima i planovima, varijacijama i kontrastima, različitim oblicima i tonovima koji su svi prisutni u jednom istom kontekstu“, M. Taruffo, „General Report: Abuse of...“, op. cit., p. 5.

⁷ O. Antić, „Savjesnost i poštenje u obligacionom pravu“, Pravni život, broj 10/2003, str. 582.

⁸ Postoje odredbe u zakonodavstvu pravnih sustava širom svijeta koje imaju za cilj zaštitu postupka pružanja pravne zaštite od mogućih procesnih zloupotreba. Zadaća je zakonodavca standardizirati opću zabranu zlouporabe procesnih prava u katalogu osnovnih procesnih načela i stvoriti njezinu inverznu (uzajamnu) sliku u dužnosti suda da sankcionira takvu zlouporabu. Neki se zakonodavci odlučuju za drugačiji pristup. U procesnim zakonima ne postoji opća klauzula koja se odnosi na ideju zabrane zlouporabe procesnih ovlaštenja, već zakonodavci na dva načina nastoje obilježiti ponašanje stranaka koje se može tretirati kao zloupotreba: pojedinačnim „represivnim“ propisima, usmjerenima protiv određenih, specifičnih zlouporaba ili pak „preventivnim“ propisima kojima nastoje spriječiti takve procesne situacije. Oba pristupa mogu se nomotehnički javiti ili kao *klauzule* ili kao *opisi* koji tipiziraju određeno procesno ponašanje kao zloupotrebu procesnog prava. D. Krapac, *Zlouporabe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, autorizirano predavanje, Tema 75 tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Zagreb, 2002., str. 137.

⁹ S tim u vezi, posebno potenciramo aktivnost Vijeća Europe koje posvećuje veliku pozornost razvoju i ulozi pravosuđa u svakoj državi članici. U kontekstu predmetne problematike, kao značajne izdajamo Preporuku br. R (84) 5 kojom se regulira pitanje načela građanskog postupka koja imaju za cilj unaprijediti funkcioniranje pravde (Recommendation No. R (84) 5, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 February 1984 on the Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice) i Preporuku br. R (95) 5 kojom se regulira pitanje uvođenja i unapređenja žalbenog postupka u građanskim i trgovačkim stvarima (Recommendation No. R (95) 5, adopted by the Committee of Ministers of Council of Europe on 7 February 1995 concerning the introduction and improvement of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial cases).

POJAM, ZNAČENJE I FUNKCIJA PRINCIPA ZABRANE ZLOUPORABE PRAVA U PARNIČNOM POSTUPKU

Za pravilno shvaćanje institucije zabrane zlouporabe prava na području parničnog postupka kao polazišna točka treba nam poslužiti i pravilno razumijevanje mjesta i uloge sudskog postupka kao javne ustanove.¹⁰

Parnični je postupak kompleksna pravna institucija u službi ostvarivanja pravosudne funkcije države. Propisi koji reguliraju postupak pružanja pravne zaštite uglavnom su imperativne prirode kako bi se olakšala realizacija osnovnih ciljeva parničnog postupka: pružanje kvalitetne pravne zaštite koja će se poistovjetiti s načelima zakonitosti, pravičnosti, pravne sigurnosti i efikasnosti.¹¹ Uspješna realizacija cilja parničnog postupka u velikoj mjeri ovisi o odlučnosti parničara, njihovih zastupnika i drugih sudionika da postupaju u skladu s procesnim pravilima utvrđenima u cilju postizanja efikasne pravne zaštite. U situaciji kada su ta ista pravila izmanipulirana ili prekršena zbog odugovlačenja postupka, šikanirajućeg ponašanja, uznemiravanja ili postizanja nelojalne ili nepravedne prednosti u tijeku postupka, sistem pružanja pravne zaštite, figurativno rečeno, raspada se, a parnični postupak, kao primarna metoda rješavanja građanskih sporova, postaje nepravdan, neefikasan, dug i skup.¹² Zbog društvene funkcije procesa pružanja pravne zaštite, stranke su dužne voditi parnicu lojalno i savjesno, a procesna ovlaštenja koja im stoje na raspolaganju u cilju ostvarivanja i zaštite njihovih prava i interesa, savjesno koristiti. Savjesno poduzimanje procesnih radnji pravni je standard kojim se procjenjuje pravilno vršenje procesnih ovlaštenja.¹³ Stoga se ideja o zabrani zlouporabe procesnih ovlaštenja, kao produkt univerzalno prihvaćene teorije zlouporabe prava, javlja kao izraz nastojanja da se spriječi antisocijalno ponašanje u sustavu pravne zaštite koje ne odgovara ciljevima i svrsi samog postupka pružanja pravne zaštite.¹⁴

Doktrina o zlouporabi prava jest instrument pomoću kojega postupak ostvaruje svoju društvenu svrhu i cilj. Ova je ideja jedan od instrumenata kojim se kontrolira

¹⁰ B. Čalija, „*Zloupotreba prava u građanskom postupku*“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XII, 1964., str. 245.

¹¹ Pravosudni je sustav javni servis države koji se ne smije koristiti na neprimjeren ni na bezobziran način. Svjesno korištenje procesnih prava i poduzimanje parničnih radnji radi svrhe drukčije od one zbog koje je pojedina procesna ustanova normirana, kosi se s osnovnom funkcijom pravosudnog sustava.

¹² Kao što je prihvaćeno u suvremenom procesnom pravu, proces nije privatno natjecanje u kojemu se stranke mogu koristiti svim raspoloživim sredstvima kako bi uspjele u sporu. Općenito je prihvaćeno da se sudionici ne bi trebali ponašati samo u skladu sa zakonom, već da bi trebali djelovati i korektno, lojalno i časno, odnosno moralno ispravno u pozitivnom smislu. Treba naglasiti da je korektnost u poduzimanju procesnih radnji nešto što se podrazumijeva pri primjeni procesnih pravila, odnosno *quid pluris* u odnosu na valjanost aktivnosti koje poduzimaju. M. Taruffo, *L'abuso del Processo: Profili Generali*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2012, 01, 117, pod t. 3.

¹³ Г. Станковић, „*Несавесно парничење и мере за спречавање злоупотребе процесних овлашћења*“, Српско право – некад и сад, 2007., str. 120.

¹⁴ Г. Станковић, „*Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења*“, Бранич, Часопис Адвокатске коморе Србије, број 3-4/2004, str. 35.

korektnost u vršenju procesnih ovlaštenja. Ista se tretira kao ideja koja izražava odnos između prava i morala u sferi procesnog prava.¹⁵

Ideja zabrane zlouporabe procesnih prava implicitno je sadržana u pojmu parnice. Ta je ideja u potpunosti priznata sredinom i krajem 19. stoljeća, kada se kao posljedica velikih društveno-ekonomskih promjena mijenja percepcija karaktera i svrhe građanskog postupka. Napuštena je liberalna koncepcija postupka kao institucije koja služi isključivo privatnim interesima. Postupak se poima kao socijalna institucija *par excellence*, kao sustav pravnih pravila za uređenje postupanja jedne javne službe radi oživotvorenja i zaštite subjektivnih prava.^{16 17}

U kontekstu predmetne problematike, parnični postupak treba shvatiti kao odnos lojalne kolaboracije između suda i stranaka u okviru kojega valja postići vrhovni cilj u odnosu na istinito i zakonito pružanje pravne zaštite. Načelo savjesnosti u građanskim parnicama zahtijeva od procesnih sudionika da se ponašaju časno i lojalno. Pravnu zaštitu koju pružaju građanski sudovi, po pravilu, trebaju dobiti osobe koje su se u dobroj vjeri i bez ikakve zadnje namjere obratile sudu i zbog opravdanog i legitimnog interesa zatražile odgovarajuću zaštitu. Međutim, budući da se pred parničnim sudovima raspravlja i odlučuje o suprotstavljenim interesima, u pravnoj sferi dvaju subjekata koji su u antagonističkoj poziciji gde svaka stranka nastoji dobiti presudu u svoju korist, malo je vjerojatno za očekivati da će se te iste stranke ponašati savjesno prema temeljnim načelima parničnog postupka i bezrezervno poštovati pravila postupka, ne upuštajući se u nedopuštene procesne maneuvre i taktike.

Zloupotreba procesnih prava postoji kad god se prava koriste suprotno cilju zbog kojeg su ustanovljena, i to s radnjom koja ima sva obilježja dopuštene aktivnosti. Ovo iz razloga što u konkretnom slučaju ne dolazi do prekoračenja objektivnih granica prava promatrano kroz prizmu norme koja uređuje konkretno procesno ovlaštenje.¹⁸

¹⁵ Г. Станковић, *Несавесно парничење и мере...*, op. cit., str. 120.

¹⁶ А. Маркићевић, „*Zloupotreba prava u parničnom postupku*“, *Naša Zakonitost*, broj 9-12/1962, str. 513.

¹⁷ Prema individualističkoj koncepciji o prirodi građanskog postupka, spor i parnica pokrenuta povodom nastalog spora privatna su stvar stranaka. Sud ima potpuno pasivnu ulogu, a stranke upravljaju postupkom onako kako to žele. Ovoj koncepciji je, naravno, nepoznata ideja o postojanju zlouporabe procesnih prava. U tom smjeru, austrijski Zakon o parničnom postupku iz 1895. godine, sa svim naprednim načelima za to doba, dovodi do prave revolucije u procesnom pravu. Ovim normativnim aktom konačno je napuštena individualistička koncepcija koja polazi od stajališta da su stranke gospodari postupka, a postupak je pravno sredstvo za ostvarivanje njihovih interesa. Postupak se više ne smatra privatnom stvari stranaka, već značajnom institucijom države u očuvanju pravnog poretka. Pogledajte više kod B. Čalića, *Zloupotreba prava...*, op. cit., str. 236-239.

¹⁸ Kod zlouporabe procesnog prava, kontrola ispravnosti određene procesne radnje odnosi se na zakonitost koja je svojstvena unutrašnjosti procesnog akta, a ne vanjskoj zakonitosti kroz koju se postavljaju granice protupravnosti. Ideja zlouporabe služi kako bi se ocijenila zakonitost procesnog postupanja s gledišta cilja koji se želi postići korištenjem određenog procesnog prava. U tom smjeru, stav je da procesna zlouporaba postoji kada se procesno ovlaštenje koristi radi postizanja drugačijeg cilja od onog zbog kojeg je konkretno ovlaštenje normirano. O ovim razmatranjima s točke zlouporabe ovlaštenja općenito videti kod K. А. Колиар, „*Злупотреба овлашћења*“, *Анали Правног факултета у Београду*, јул-децембар 1959., str. 262.

U tom kontekstu, distinkcija između povrede određenog procesnog prava i zloupotrebe tog prava jasno je uočljiva. U prvom slučaju, protupravnost je očigledna i automatski popraćena odgovarajućom sankcijom, dok u slučaju zloupotrebe postoji privid ispoštovane zakonitosti.¹⁹ Vršenje prava mora biti u skladu s doslovnim sadržajem zakonske norme i u suglasnosti s ciljem kojemu služi pravna norma. Najčešće, zlorabica se razumije kao indirektna protupravnost jer je radnja kojom se zlorabljuje određeno procesno pravo u skladu sa sadržajem norme, ali je suprotna cilju zbog kojega ta norma postoji.²⁰

Stoga, kada je u pitanju zlorabica određenog procesnog prava, uvijek je potrebno razlikovati vanjsku formu procesne radnje od unutarnjeg sadržaja određenog procesnog ovlaštenja, tj. razlikovati pravo kao normu, odnosno pravo u objektivnom smislu i ovlaštenja koja sadrži to pravo, tj. pravo u subjektivnom smislu. To naglašavamo jer se zlorabica procesnog ovlaštenja odnosi na bit prava – na pogrešnu manifestaciju njegova unutarnjeg sadržaja.

Procesna radnja koja ima obilježja dopuštene aktivnosti, a zapravo je čin nesavjesnog ili abuzivnog postupanja, suprotna je pravnom principu koji zabranjuje procesnu zlorabicu. Taj princip, kao pravna norma s višim stupnjem apstrakcije, provlači se kao crvena nit kroz sve pravne norme s nižim stupnjem apstrakcije, korigirajući ih i određujući nove granice subjektivnih prava. To ograničenje sprečava mogućnost korištenja vanjske forme prava protiv njegova duha, jer ako se zlorabicom ugasi bit prava, tada ostaje samo forma. Forma se ne smije pretvoriti u barikadu protiv prava, tj. protiv njegove biti i svrhe.²¹ Stoga se ova ideja javlja i kao reakcija protiv krutosti zakonskih pravila i mehaničke primjene prava, i kao moralni korektiv striktnosti zakonitosti.²²

Kada govorimo o određivanju pojma zlorabice procesnih ovlaštenja, mora postojati određeni definicijski minimum koji će postaviti zakonodavac ili u određenom slučaju izgraditi sudac. Ovaj minimum mora sadržavati dva elementa: supstantivan i atributivan. Supstantivni element znači korištenje određenog procesnog prava suprotno zakonskoj svrsi. Ovaj element može unaprijed predvidjeti zakonodavac, ali ga može prepoznati i sudac u konkretnom slučaju, nakon što će sadržajno analizirati upitno ponašanje stranke i zaključiti da je to u suprotnosti propisanom cilju. Supstantivni element može se normirati u kombinaciji subjektivnog i objektivnog kriterija, ali ga je moguće odrediti i bez obzira na motive procesnog sudionika. Međutim, kod odlučivanja postoji li procesna zlorabica ili ne, ne bismo smjeli u potpunosti izostaviti subjektivni kriterij, jer ako pretpostavimo da procesna radnja pretpostavlja *voljno* ponašanje procesnog sudionika koje proizvodi određene procesnorelevantne posljedice, tada se pri ocjeni da li postoji eventualna

¹⁹ J. Кнурски, „Злоупотреба права и њен утицај на ефикасност рада“, Зборник Улога Јавног тужиоца у правном систему, Београд, 2010., стр. 356.

²⁰ М. Salma, „Забрана злоупотребе процесних овлашћења“, Зборник радова Правног Факултета у Новом Саду, 2009., vol. 43, br. 2, str. 281.

²¹ А. Маркићевић, *Злоупотреба права у парничном...*, op. cit., str. 512.

²² Г. Станковић, *Накнада штете због злоупотребе...*, op. cit., str. 35.

zloupotreba procesnog prava također treba utvrditi i njegov svjesni odnos prema tom ponašanju.²³ S druge strane, atributivni element znači opisivanje svrhe procesnog prava koje u nekom konkretnom slučaju može biti predmet zloupotrebe, kako bi se utvrdilo odgovara li određeno ponašanje procesnog sudionika toj svrsi ili ne. Atributivni element značajan je u slučaju da se određeni sudionik ponaša na način da ne koristi svoje pravo za postizanje željenog procesnog cilja ili ga koristi za postizanje određenog protuprocesnog cilja.²⁴

Što se tiče konceptualnog određivanja ideje o savjesnosti u građanskoj parnici, u procesnoj teoriji zemalja regije, koja je u velikoj mjeri nadogradnja bivše jugoslavenske doktrine, susrećemo različite definicije o procesnoj savjesnosti i zabrani zloupotrebe procesnih ovlaštenja.

Prema *Pozniću*, načelom savjesnog korištenja procesnih prava, strankama se postavlja dužnost da ta prava koriste u skladu s objektivnim ciljem postupka. Procesnom radnjom koja nije u skladu s ciljem parnice, stranka zloupotrebljava pravo poduzimanja te procesne radnje.²⁵ U širem smislu riječi, svaka stranka koja ne postupi savjesno i časno zloupotrebljava svoje pravo.²⁶

Prema *Trivi* i *Diki*, zloupotreba postoji onda kada se procesna ovlaštenja koriste s ciljem da se drugome nanese šteta, s ciljem koji je suprotan dobrim običajima, savjesnosti i poštenju.²⁷

Juhart navodi da je načelo savjesnosti i poštenja u građanskoj parnici po svom domašaju najšire i da se odnosi na sva procesna postupanja, a u sebi inkorporira načelo *istinoljubivosti* (slov. *resnicoljubnost*), načelo *potpunosti* i načelo *zabrane zlouporabe procesnih prava*. Načelo zabrane zlouporabe prava odnosi se na uže područje u dijelu vršenja procesnih prava. Zlouporaba je korištenje procesnih prava na način koji nema ništa zajedničko s objektivnim ciljem civilne procedure.²⁸

Prema *Čaliji*, zlouporaba procesnih prava odnosno nesavjesno vršenje procesnih prava jest vršenje procesnih prava suprotno cilju postupka kao posebne institucije.²⁹

Dika polazi od teze da je i izraz „zloupotreba prava“ sam po sebi *contradictio in adjecto*. Ispravnije je govoriti o problemu nedopuštenih radnji sudionika u sudskom postupku nego o zloupotrebi procesnih ovlaštenja. Naime, ako se neke procesne radnje, koje su inače u načelu dopuštene, poduzimaju u uvjetima u kojima iz različitih razloga gube tu svoju dopustivost, tada se u konkretnom slučaju ne

²³ Tako D. Krapac, *Zlouporabe procesnih ovlasti i prava...*, op. cit., str. 141, 142.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976 godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd, 2009., str. 33.

²⁶ B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1978., str. 146, B. Poznić, V. Rakić Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999., str. 143.

²⁷ S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 201.

²⁸ J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 68 i 73.

²⁹ B. Čalija, S. Omanović, *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 70.

može govoriti o pravu na poduzimanje tih radnji, već o poduzimanju nedopusštenih radnji, o upotrebi „neprava“.³⁰

Marković smatra da se zlouporaba sastoji u korištenju jednog općeg i apstraktnog ovlaštenja, koje imamo na osnovi objektivnog prava, radi ostvarivanja cilja koji je suprotan namjeni, suprotan cilju zbog kojeg je pravni poredak priznao to ovlaštenje pojedincima. Zloupotreba je upotreba jednog subjektivnog prava suprotno njegovoj socijalnoj i pravnoj namjeni.³¹

Imajući u vidu navedena razmatranja i pokušaje definiranja problema savjesnosti i ideje zabrane zloupotrebe u građanskim parnicama od strane istaknutih procesualista, čija je vrijednost u izgradnji civilne procesne doktrine u našoj regiji nedvojbeno i od velikog značaja, možemo zaključiti da oni daju definiciju predmetne problematike, počevši od nedosljednosti/suprotnosti procesnih aktivnosti s objektivnim ciljem parničnog postupka.

Ideja o savjesnom postupanju i zabrani zlouporabe ovlaštenja u postupku kao temeljno procesno načelo u svojoj biti sadrži imperativ da se svaka pojedina procesna aktivnost mora poduzeti u duhu zakona i u skladu s ciljem koji se teži postići u sistemu pravne zaštite. Drugim riječima, svaka procesna radnja mora biti u skladu s bližim ciljevima koje treba ostvariti kako bi bila prepoznata kao savjesna, jer svaka procesna radnja ima svoj vlastiti cilj i svoj krajni cilj, koji sami za sebe, ali promatrani i kao cjelina, moraju biti komplementarni s općim ciljem građanskog postupka.³² U tom smjeru, može se notirati da je pojedina procesna aktivnost nesavjesna odnosno abuzivna ukoliko nije namijenjena ostvarivanju vlastitog, odnosno općeg cilja zbog kojeg je normirana.

Kreiranjem subjektivnog prava, zakonodavac uvijek ima u vidu priznanje odnosno zaštitu određenog interesa. Poduzimanjem procesne radnje u nedostatku takvog interesa i suprotno cilju zbog kojeg je procesna radnja normirana, takvo postupanje mora se smatrati zlouporabom prava i ne smije uživati pravnu zaštitu. Naime, niti jedno subjektivno pravo nije apsolutno i ne predstavlja zatvoreni krug u kojem je volja pojedinca suverena. Uvođenjem općeg pravnog postulata u odnosu na savjesno vršenje procesnih prava i zabrane svake zloupotrebe procesnih ovlaštenja, zakonodavac postavlja nove granice u ostvarivanju subjektivnih prava i istovremeno osigurava sredstvo kojim sam sebe koregira u odnosu na situaciju u kojoj se jedna procesna norma u primjeni pokazala nepotpunom i nesavršenom. Prema tome, kada parničar postupi suprotno načelu savjesnosti, on izlazi iz kruga svojih pravnih ovlaštenja.³³ Procesna ovlaštenja ne smiju biti stavljena u službu volje u čijoj osnovi leže lukavstvo, zla namjera, želja za osvjetom ili progonom, jer

³⁰ M. Dika, *Zlouporabe u građanskom postupku*, autorizirano predavanje 76. Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i kluba pravnika grada Zagreba, Zagreb, 2002., str. 182.

³¹ М. Марковић, *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, *Архив за правне и друштвене науке*, број 1/1937, стр. 49.

³² U tom smjeru i V. Rajović, *Načela parničnog, vanparničnog i izvršnog postupka*, *Pravni život*, broj 12/2003, str. 23.

³³ Тако А. Маркићевић, *О злоупотреби права и једној санкцији*, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, број 3-4/1973, стр. 16.

bi u takvom slučaju parničar napravio određenu vrstu pravničke profanacije koju ni jedan zakonodavac ni sudac ne bi smio tolerirati.³⁴

Zloupotreba procesnih prava nepoželjna je pojava u postupku pravne zaštite. Ona šteti ugledu pravosuđa uopće, budi sumnju u pravilno vršenje sudačke funkcije, dovodi u pitanje objektivnost suda, zbog oduglovačenja postupka uzrokuje neefikasnost postupka i neažurnost u postupanju, znači izigravanje normativnih akata, te u krajnoj liniji sprečava normalno funkcioniranje pravne države.³⁵ Svaka zlouporaba, pa čak i ona koja je beznačajna u kontekstu funkcioniranja sustava pravne zaštite i normalnog toka postupka, duboko pogađa pravnu svijest i osjećaj pravičnosti kod svake osobe. Pojedinaac vidi sud kao instituciju kroz koju će njegova prava i interesi biti najadekvatnije zaštićeni. U pravnoj svijesti čoveka postoji osjećaj povjerenja prema sudu.³⁶ Upravo je zbog toga slika suda kao mjesta gdje su dopušteni svi nesavjesni i abuzivni manevri stranaka, a pritom sud ne poduzima ništa kako bi se to spriječilo i suzbilo, u očima običnog čovjeka pogubna za ugled pravosudne funkcije. Kada savjesni parničar, na čijoj je strani materijalno pravo, izgubi spor ili kada za ostvarivanje svog prava mora čekati mjesecima, čak i godinama, u njegovim očima postaje upitna i objektivnost suda. Smije li se dopustiti trijumf nesavjesnom i beskrupuloznom parničaru samo zato što se znao vješto provlačiti kroz mrežu formalnih zakonskih propisa, mrežu koju su njezini tvorci namijenili zaštititi legitimnih interesa, i tu mrežu koristiti za izigravanje zakona?^{37 38}

OBJEKTIVNI CILJ POSTUPKA I SUBJEKTIVNI CILJ PARNIČARA

Općenito, procesni zakoni postavljaju uopćenu formulu o normiranju teorije o zlouporabi prava. Većina zakona koji uređuju parnični postupak regulira ovu materiju tako što propisuje načelne odredbe koje normiraju imperativ za savjesno postupanje odnosno zabranu abuzivnog procesnog ponašanja. Strankama se nalaže da savjesno koriste svoja prava, a sudu da onemoguću svaku zlouporabu.³⁹

³⁴ L. Josseland, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, p. 65.

³⁵ Г. Станковић, *Несавесно парничење и мере...*, op. cit., str. 120.

³⁶ Tako B. Čalića, *Zloupotreba prava...*, op. cit., str. 255.

³⁷ М. Марковић, *Злупотреба права у грађанском...*, op. cit., str. 56.

³⁸ Često na sudskim hodnicima možemo čuti: „Očito je da ovaj parničar nije u pravu, ali ništa se ne možete učiniti, s aspekta zakona, njegovi postupci su potpuno korektni“. A je li uistinu tako? Moramo li se složiti s ovom konstatacijom i prihvatiti je kao ispravnu? Potvrdni odgovor u tom smjeru bio bi poguban. Sudac ima ovlasti da suzbije i onemogući procesnu zlouporabu. Instrumentarij za postizanje ove zadaće može se naći kako u posebnim procesnim normama, koje predviđaju niz preventivnih i represivnih mjera, tako i pozivanjem na osnovna procesna načela.

³⁹ Vid. čl. 9. i 10. Zakona o parničnom postupku Makedonije, čl. 9. i 10. Zakona o parničnom postupku Hrvatske, čl. 11. Zakona o parničnom postupku Slovenije, čl. 52. Zakona o građanskom postupku Švicarske, čl. 247. Zakona o građanskom postupku Španjolske.

Zakon ne govori ništa o tome što bi se trebalo smatrati kao *savjesno korištenje* odnosno *zloupotreba* prava. I to je sasvim ispravno jer obrada ovih pravnih standarda svakako je stvar pravne teorije i sudske prakse.

Polazna točka pri elaboraciji pitanja o savjesnosti i poštenju u građanskoj parnici svakako je pitanje odnosa između cilja postupka i cilja koji parničari imaju u vidu pri korištenju pojedinih procesnih ovlaštenja.

Promatranjem parničnog postupka kao instrumenta koji država stavlja na raspolaganje pojedincima kako bi zaštitili svoja prava i interese, može se reći da je njegov primarni cilj osigurati kvalitetnu pravnu zaštitu individualnih prava i interesa kad god to bude zatraženo. Kroz zaštitu građanskih subjektivnih prava također se ostvaruje i materijalnopravni poredak. Dužnost je suda zaštititi građanska prava, ali istodobno štiti i interese zajednice.⁴⁰ Konačni cilj parničnog postupka jest donošenje ispravne meritorne odluke. Sud ima zadaću stvoriti pretpostavke za donošenje pravilne i zakonite odluke i, pružanjem pravne zaštite pojedincu kojemu ta zaštita zakonom pripada, ostvariti i objektivne interese pravnog poretka.⁴¹

S aspekta stranaka u postupku, parnični postupak služi za ostvarivanje i zaštitu njihovih procesnih interesa. Nema sumnje da neposredni ciljevi svakog parničara u postupku nisu identični, s obzirom na njihovu poziciju u postupku. Općenito, cilj je svakog parničara uspjeti u sporu. Podrazumijeva se da stranka sa svojim postupcima nastoji postići donošenje odluke u svoju korist. Kako bi uspjela u sporu, stranka koristi sve dostupne mehanizme, koristi sva procesna sredstva napada i obrane. Subjektivni je cilj svakog parničara pri poduzimanju pojedine procesne radnje stvoriti povoljnu procesnu situaciju za sebe, s jedne strane, i stvoriti nepovoljnu procesnu poziciju za svog protivnika, s druge strane. Svaki parničar u postupku nastoji unaprijediti svoj položaj u procesu i što je moguće više približiti se poziciji koja će podrazumijevati donošenje meritorne odluke u njegovu korist.

Imajući u vidu da se u parničnom postupku po pravilu raspravlja i odlučuje o suprotstavljenim interesima, meritorna odluka ne može istodobno biti povoljna za obje stranke. Pravo na *povoljnu* odluku ima onaj parničar čiji je pravozaštitni zahtjev osnovan. Međutim, pravo na *pravilnu* odluku ima svaki parničar kao rezultat javne funkcije pravosuđa.⁴²

Prilikom poduzimanja procesnih radnji svaki je parničar dužan poštovati načelo savjesnog vođenja postupka. U tom kontekstu, kako bi se pojedina procesna radnja mogla okvalificirati kao besprijekorno vršenje procesnog ovlaštenja, stranka bi trebala biti uvjerena u objektivnu opravdanost interesa koji se treba ostvariti tom procesnom radnjom. Stranka ne smije svjesno postupati suprotno objektivnom cilju parničnog postupka. Poduzimanjem procesne radnje koja nije u skladu s objektivnim ciljem parnice, stranka zloupotrebljava pravo na poduzimanje takve radnje. Takvo

⁴⁰ Tako S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 5, Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, op. cit., str. 23.

⁴¹ S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 201.

⁴² M. Marković, *Грађанско процесно право*, knjiga prva, sveska I, Beograd, 1957., str. 132, M. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka*, Novi Sad, 1977., str. 145.

postupanje je nesavjesno i prema sudu i prema suprotnoj stranci jer je usmjereno ili prema odugovlačenju postupka ili prema donošenju nezakonite odluke.⁴³

Stranka je dužna pojedina parnična sredstva koristiti u skladu s objektivnim ciljem parnice, tj. koristiti ih zbog zaštite i ostvarivanja opravdanih interesa. Ukoliko stranka odstupi od tog cilja, ona zlorabotrebљава procesno ovlaštenje, jer sva procesna sredstva koja stoje na raspolaganju strankama mogu se koristiti samo za ono za što su namijenjena: sredstva napada – kako bi se dobila presuda koja odgovara stvarnoj predprocesnoj materijalnopravnoj situaciji, a sredstva odbrane – kako bi se odbio neosnovani zahtjev protivnika.⁴⁴

Nesavjesno korištenje procesnih ovlaštenja prepoznavamo u situacijama kada stranka nastoji postići nedopušteni cilj poduzimanjem procesne radnje. U parničnom postupku svaka stranka od države traži odgovarajuću zaštitu svojega prava. Zlorabotrebљаваjući procesna ovlaštenja, parničar nastoji od države napraviti zaštitnika neprava umjesto prava, odnosno „suučesnika“ u izigravanju procesnog zakona.

O ocjeni konkretnih interesa parničnih stranaka o objektivnom cilju postupka i procjeni njihove komplementarnosti ovisit će i stav suca o tome je li interes parničara opravdan ili neopravdan, pa shodno tome i je li korištenje pojedinog procesnog ovlaštenja korektno ili je zlorabotrebљeno. Za otkrivanje procesne zlorabotrebe ne postoje unaprijed napisani i gotovi recepti koji bi se bez pogreške primjenjivali u svakoj situaciji. U tom smislu, i sam sudac ima odgovoran i delikatnа zadatak kada treba cijeniti i kontrolirati pravilno vršenje procesnih ovlaštenja. Sudac bi trebao imati bogato životno iskustvo i dobro poznavati psihologiju parničara. Samo na temelju pomnog razmatranja svih okolnosti moći će donijeti pravilnu ocjenu o tome za ostvarivanje kojeg cilja parničar koristi prava koja mu pripadaju u postupku.

KRITERIJI ZA DEFINIRANJE ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠTENJA

Važno pitanje koje se nameće u razradi pojma zlorabotrebe prava u parničnom postupku jest ono koje se odnosi na kvalifikaciju pojma procesne zlorabotrebe, odnosno pitanje kako *in concreto* prepoznati i otkriti da je jedna procesna aktivnost abuzivna. Na ovo pitanje ne može se odgovoriti s općom formulom koja bi vrijedila za sve situacije. Ponekad će zlorabotora biti očigledna i sudac neće imati dvojbe o njezinu postojanju. Ali najčešće će biti potrebna suptilna istraživanja, temeljita procjena svih okolnosti, pri čemu se ne bi smio zanemariti ni motiv koji je vodio stranku u poduzimanju pojedine parnične radnje. Ukratko, riječ je o postavljanju kriterija prema kojima će se cijeniti postoji li zlorabotora ili ne.

⁴³ B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku...*, op. cit., str. 33.

⁴⁴ M. Marković, *Grđansko procesno pravo*, knjiga prva, sveska I, Beograd, 1957., str. 132.

I u parničnom postupku zloupotrebu prepoznavamo u okviru subjektivne i objektivne koncepcije, tj. prema intencionalnom, utilitarističkom, finalističkom, kriteriju *contra bona fides*, kao konceptima koji sintetiziraju pojedinačne manifestacije zloupotrebe i potpadaju bilo pod subjektivnu ili objektivnu teoriju. Svakako, pored ovih „udarnih“ kriterija, u procesnoj teoriji susrest ćemo se s mnogim drugima.

Ako uzmemo u obzir subjektivnu koncepciju, bit će relevantna namjera procesnog sudionika da poduzme abuzivne radnje, čiji je krajnji cilj postizanje suprotnih efekata od onih koji bi se postigli kada bi se ovlaštenja koristila savjesno i u skladu s vrijednostima koje postavlja procesni sistem. U tom pogledu, individualna etika i moral svakog sudionika ono je što treba cijeniti. Njegova naklonjenost općeprihvaćenim vrijednostima kao što su poštenje, savjesnost, lojalnost, namjera da se postupi korektno, od suštinske je važnosti za vrednovanje njegove pozicije u postupku.

S druge strane, svakako je lakše i pravilnije utvrditi zlouporabu kada abuzivno postupanje cijenimo prema objektivnom kriteriju, uzimajući u obzir posljedice prouzročene takvom radnjom – da li to postupanje proturječi ciljevima koje pojedina procesna radnja, odnosno postupak kao cjelina treba ostvariti. Bez obzira na dobru ili lošu namjeru sudionika, procesne radnje koje imaju negativne učinke smatraju se nedopustivima.

Polazeći od specifičnosti obje koncepcije (subjektivne i objektivne), kada je riječ o prepoznavanju nesavjesnog vršenja prava i zloupotrebe procesnih ovlaštenja, za polazne točke može poslužiti nekoliko parametara. Procesno ponašanje možemo prepoznati kao abuzivno imajući u vidu: namjeru subjekta da prouzroči štetu, poduzimanje procesnih radnji bez legitimnog i opravdanog interesa, procesno postupanje koje je suprotno cilju zbog kojeg je zakonodavac propisao procesno ovlaštenje, etičke vrijednosti poput savjesnosti i poštenja, nemoralnost poduzete procesne radnje, postojanje krivnje kao posebnog konstituensa, pravičnost, nesrazmjernost između interesa koji se ostvaruje i interesa koji se povređuje, *venire contra factum proprium* itd.

Općenito, procesna doktrina i pozitivno pravo razvili su i prihvatili niz različitih konstituensa za detektiranje nesavjesnosti i abuzivnosti u građanskim parnicama. Bilo da se radi o intencionalnom kriteriju, finalističkom ili utilitarističkom kriteriju ili pak dolusu kao osnovi za prepoznavanje zlouporabe, nesporno je da ni jedan od postavljenih kriterija nije dovoljan da predstavlja jedinstveno i pouzdano mjerilo za razgraničenje dopuštene upotrebe od zloupotrebe procesnih prava. Stoga se u procesnim zakonima izbjegava jasno utvrđivanje kriterija prema kojima će se cijeniti dopustivost procesnih radnji. U većini slučajeva, procesni zakoni sadrže široko postavljena načelna pravila koja općenito govore o savjesnosti i zabrani zlouporabe procesnih ovlaštenja. Ovi su standardi postavljeni kako bi se omogućilo njihovo prilagođavanje i modificiranje svakoj konkretnoj procesnoj situaciji kada postoje okolnosti koje ukazuju na to da u tom slučaju parnična stranka postupi

nesavjesno odnosno abuzivno. To je sasvim logičan pristup, imajući u vidu da se zlouporaba može manifestirati u različitim oblicima.

Zanemarujući suptilne razlike između pojedinih gledišta u odnosu na definiranje ideje o zloupotrebi procesnih prava, kriterije prema kojima se zloupotreba može otkriti dijelimo u nekoliko osnovnih kategorija.

Šikanirajuće vršenje prava

Zlouporabom se smatra svaka procesna radnja koja je poduzeta iz šikanirajućih, malicioznih razloga. Šikaniranje postoji u procesnim situacijama u kojima parnična stranka poduzima procesnu aktivnost na koju po zakonu ima pravo, samo da bi nanijela štetu drugome, odnosno kada se procesno ovlaštenje koristi prvenstveno iz šikanirajućih razloga.⁴⁵ Ovdje dominiraju zla namjera, pakost, želja za uznemiravanjem i maltretiranjem protivnika.⁴⁶ Suština ovog kriterija subjektivne je prirode – relevantna je namjera zbog koje je radnja poduzeta. Ovaj konstituens polazi od čisto subjektivne zle namjere – zlouporaba postoji ako se postupa *animo vicino nocendi*.⁴⁷ Međutim, postojanje same namjere da se nekome naštetiti nije dovoljno za zaključak da šikaniranje postoji. Ono mora biti objektivizirano u određenoj nepovoljnoj posljedici, a nepovoljna posljedica u konkretnom slučaju jest šteta koja je neophodna za detektiranje šikanirajućeg vršenja procesnog prava.⁴⁸ Kao procesne aktivnosti poduzete isključivo iz šikanirajućih pobuda mogle bi se naznačiti parničenje iz obijesti, svjesno utuživanje nepostojećih potraživanja, utuživanje bagatelnih iznosa, namjerno izlaganje nepotrebnim parničnim troškovima, namjerno odugovlačenje postupka kako bi se protivnik prisilio na sudsko poravnanje koje je nepovoljno za njega, obijesno osporavanje tužbenog zahtjeva, podnošenje pravnog lijeka da bi se odugovlačio postupak i prolongirao moment pravosnažnosti meritorne odluke donesene u korist protivnika itd.⁴⁹

Vršenje procesnog ovlaštenja bez opravdanog interesa

Sa stajališta stranaka u postupku i njihova ovlaštenja za poduzimanje pojedine procesne radnje kako bi unaprijedile svoj položaj u parnici, potrebno je da u biti njihovih parničnih aktivnosti leži ostvarenje pravnog i opravdanog interesa. Stoga, za svaku poduzetu radnju od koje se ne može očekivati neka ozbiljnija korist koja mora biti pravna i konkretna (pravozaštitna korist, pravozaštitna potreba), moglo

⁴⁵ M. Dika, *Zlouporabe u građanskom postupku...*, op. cit., str. 183.

⁴⁶ Tako, T. Зороска Камиловска, „Начело на совесно користење на процесните овластувања во парничната постапка“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во чест на Стефан Георгиевски*, Скопје, 2009., str. 169.

⁴⁷ А. Маркићевић, *Поштење и савесност у грађанској парници*, Нови Сад, 1972., str. 49.

⁴⁸ V. Vodinić, *Takozvana...* op. cit., str. 11.

⁴⁹ Vidjeti više kod M. Dika, „*Građansko parnično pravo*“, Parnične radnje, V Knjiga, Zagreb, 2008., str. 347.

bi se reći da predstavlja zlouporabu konkretnog procesnog prava⁵⁰ – „*zlouporaba prava postoji kada se procesno pravo vrši bez interesa*“.⁵¹ Pravo na tužbu, pravo na izjavljivanje pravnih lijekova, pravo na poduzimanje procesnih radnji uopće, apstraktna su ovlaštenja. Kako bi stranka efektivirala ovlaštenja koja joj pripadaju po zakonu, mora kao potkrepu svoje aktivnosti imati ostvarenje određenog opravdanog interesa.

O tome koliki je značaj ovog kriterija za prepoznavanje abuzivnosti, u procesnoj ćemo teoriji pročitati kako je nedostatak opravdanog interesa za poduzimanje određenje parnične radnje najsigurniji znak da procesna zlouporaba postoji.⁵² Pravni interes mora postojati kod iniciranja postupka, kod poduzimanja svake procesne radnje bez obzira na to pretpostavlja li zakon taj interes ili se on treba dokazivati.⁵³ Kod ovog kriterija irelevantan je motiv zbog kojega se poduzima parnična radnja. Od suštinskog je značaja ostvaruje li se poduzimanjem parnične radnje određena pravozaštitna korist.⁵⁴

Interes je, sam po sebi, pokretač cjelokupne procesne aktivnosti, s obzirom na to da se ne može pretpostaviti kako stranka poduzima parničnu radnju a da pritom nema u vidu ostvarenje određenog interesa. Kada poduzima bilo koju parničnu radnju, parnična stranka pred sobom ima cilj koji želi postići takvom aktivnošću. No, postoji li u korištenju pojedinog procesnog ovlaštenja opravdani pravni interes ili ne, u velikoj će mjeri ovisiti o tome želi li stranka ostvariti dopušteni ili nedopušteni cilj.

Poduzimanje procesnih radnji suprotno cilju zbog kojeg su zakonom predviđene

Konstituens kod ove vrste zloupotrebe leži u sukobu između ponašanja procesnog sudionika i cilja (svrhe) procesnog ovlaštenja koje se koristi. U biti ovog kriterija leži sljedeće: zakonodavac ima određenu predodžbu o interesima koji se trebaju ostvariti, a sredstvo za njihovo ostvarenje konstruira u vidu procesnog prava s određenim sadržajem. Ali, tako konstruirano pravo nije cilj samo za sebe, već sredstvo za postizanje određenih društvenih ciljeva. Ako se pojedinim procesnim pravom postižu drugačiji interesi, to znači da je njegovo vršenje neopravdano s obzirom na funkciju koju to pravo ostvaruje.⁵⁵

Poželjno je da se korektnost u vršenju procesnih ovlaštenja vrednuje i s aspekta cilja zbog kojeg je procesno pravo normirano. Svaka procesna aktivnost mora imati

⁵⁰ S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 138, M. Dika, *Zlouporabe u građanskom postupku...*, op. cit., str. 184.

⁵¹ P. Cuhe, *Précis de procédure civile et commerciale* l'e, Paris, 1924., str. 147, citirano prema A. Маркићевић, *Поштитење и савесност* y..., op. cit., str. 51.

⁵² M. Марковић, *Злоупотреба права у грађанском...*, op. cit., str. 54.

⁵³ Tako S. Zuglia, *Градјански парнични поступак FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 118.

⁵⁴ Tako M. Dika, *Zlouporabe u građanskom postupku...*, op. cit., str. 184.

⁵⁵ U tom smislu i V. Vodinić, *Takozvana...*, op. cit., str. 19.

svoju opravdanost. Ona mora biti u skladu s ciljem koji je zakonodavac imao u vidu prilikom njezina normiranja. Vršenje procesnih prava ispravno je samo kada se prava koriste u skladu s namjenom za koju su propisana. Stoga procesno ovlaštenje zloupotrebljava onaj tko ga vrši suprotno cilju zbog kojeg je ustanovljeno. Cilj zbog kojeg se poduzima pojedina procesna radnja može delegitimirati, tj. učiniti procesnu aktivnost nedopustivom. To znači da je parnična radnja nedopuštena ukoliko je poduzeta suprotno cilju koji je prema projekciji zakonodavca trebao biti otvoren tom radnjom.⁵⁶ Stoga, cilj mora biti ideja vodilja pri ocjeni efekta pojedine procesne aktivnosti: mora se u kontinuitetu uspoređivati cilj zakonskog propisa i cilj zbog kojeg je parnična stranka koristila taj zakonski propis.^{57 58}

Krivnja kao pretpostavka postojanja procesne zlouporabe

Za krivnju kao konstituens zloupotrebe prava općenito, mnogo je napisano. To je kriterij koji se odlikuje elastičnošću zbog čega je u pravnoj doktrini prihvaćen kao jedna od najprikladnijih osnova za utvrđivanje abuzivnosti pri vršenju subjektivnih prava. Za njega se navodi da ulijeva povjerenje jer je značaj principa krivnje, s obzirom na dugogodišnju primjenu, odavno već dokazan i potvrđen.⁵⁹

I u parničnom postupku, krivnja se smatra jednom od važnijih pretpostavki za utvrđivanje zloupotrebe. Krivnja je po svojoj prirodi široka kategorija koja u samoj biti ima ponašanje razumnog i pažljivog čovjeka. U teoriji ćemo pročitati da pri odlučivanju o tome da li okriviti neku osobu valja voditi računa o svim okolnostima i o tome kako bi se u određenoj situaciji ponašao, odnosno što bi se u danim okolnostima moglo očekivati od razumnog i pažljivog čovjeka.⁶⁰ Ili, kriv je onaj tko u danim okolnostima nije postupao onako kako je trebao.⁶¹ S aspekta parničnih stranaka u postupku, kriv je onaj tko je zanemario pozornost koja se traži u parničnom postupku.

⁵⁶ M. Dika, *Zlouporabe u građanskom postupku*..., op. cit., str. 185.

⁵⁷ U traganju za ciljem zbog kojeg je normirano procesno pravo po pravilu se polazi od općeg cilja samog postupka. Čak i u svakodnevnom profesionalnom angažmanu, sudac pri određivanju svrhe određenog zakonskog propisa polazi od teleološke metode tumačenja. Tako A. Маркићевић, *Поштење и савесност у...*, op. cit., str. 55.

⁵⁸ U teoriji je ovaj kriterij kritiziran zbog opasnosti od njegove nepreciznosti, s obzirom na to da cilj prava nije sam po sebi određen u svakoj pravnoj normi, pa se sudu ostavlja prilično širok manevarski prostor za određivanje cilja konkretne procesne norme i odluku o tome kada je nečije ponašanje suprotno tom cilju. Stoga je neophodno da oni koji odlučuju o cilju pravne norme i oni koji tu normu interpretiraju i primjenjuju budu stručni, savjesni i moralni. U tom smislu i V. Vodinelić, „Konkretizovanje zabrane zloupotrebe prava, *Zloupotreba prava*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996., str. 39 i D. Klasiček, „*Zlouporaba prava u građanskom pravu*“, Pravni vjesnik, broj 22 (2006.) 1-2, str. 177.

⁵⁹ Vidjeti više kod A. Маркићевић, *Поштење и савесност у...*, op. cit., str. 55-57.

⁶⁰ U tom smislu vidjeti čl. 127. Skice Zakona o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine od prof. M. Konstantinovića, citirano prema Г. Галев, Ј. Дабовић Анастасовска, *Облигационо право*, Скопје, 2009., str. 672.

⁶¹ Vidjeti, Г. Галев, Ј. Дабовић Анастасовска, *Облигационо право*, Скопје, 2009., str. 672.

Nesporno je da ideja krivnje postoji kao osnova za otkrivanje zloupotrebe, ali pitanje koje se postavlja s tim u vezi i za koje ne postoji jedinstveni stav u procesnoj teoriji jest pitanje o stupnju krivnje što treba postojati da bi se upotreba jednog prava izrodila u zloupotrebu. Prepoznajemo li zlouporabu samo u situacijama kada postoji (zla) namjera (*dolus*) i krajnji (grubi) nehaj (*culpa lata*) koji se izjednačava s dolusom, ili je dovoljno da postoji i najmanja krivnja, tj. obični nehaj (*culpa levis*) kako bi se jedna parnična radnja okvalificirala kao nesavjesna odnosno abuzivna?

Kako bi se utvrdilo je li parnična stranka kriva, moramo usporediti njezino procesno ponašanje s načinom na koji bi razumni i pažljivi čovjek postupio u danoj procesnoj situaciji. Ako se utvrdi da se parnična stranka ponašala drukčije od onoga što bismo mogli očekivati od razumnog i pažljivog čovjeka, tada krivnja postoji. Stranka je kriva jer je zanemarila dužnu pažnju koja se zahtijeva u procesu pružanja pravne zaštite. Ako se napravi paralela između ponašanja pojedinca u postupku pravne zaštite i ponašanja izvan parnice u građanskopravnim odnosima, možemo reći da zahtjev za postupanje s dužnom pažnjom treba biti još strože postavljen. Ovu konstataciju potkrepljujemo s razmišljanjem da je parnica izuzetna pojava, nešto što se ne događa svakodnevno u životu običnog čovjeka, jer većina se ljudi najčešće ponaša u skladu s utvrđenim zakonskim propisima i svoje sporove rješava izvan suda, a sudski postupak je metoda prisilne zaštite prava. Stoga se u parničnom postupku ljudi moraju ponašati pažljivije nego pri zaključivanju pravnih djela.⁶² Standard savjesnog korištenja procesnih prava postavlja dužnost parničnim strankama da kod poduzimanja procesnih radnji postupaju s dužnom pažnjom, onako kako se očekuje od „savjesne“ stranke. *A contrario*, nesavjesno bi postupala ona stranka koja s propuštanjem dužne pažnje ili koja postupajući namjerno poduzima procesnu radnju koja se smatra nedopuštenom upravo zbog njezina subjektivnog odnosa prema cilju koji je imala u vidu prilikom poduzimanja konkretne radnje.⁶³

U kontekstu postojanja krivnje i njezine gradacije ovisno o svijesti i volji parničara kod poduzimanja procesnih aktivnosti, smatra se da je parnična stranka nesavjesno postupila, odnosno da je zlopotrijebila svoja ovlaštenja: 1) ako je postupila doložno, odnosno namjerno je poduzela radnju svjesna njezine nedopustivosti;⁶⁴ 2) ako je postupila s grubom nepažnjom, tj. kada je procesnu radnju poduzela a pritom nije pokazala ni onaj stupanj pozornosti koji se očekuje od svakog prosječnog čovjeka;⁶⁵ 3) ako je propustila pažnju koja se očekuje od pažljivog parničara.⁶⁶

⁶² Razumni i pažljivi parničar ne ulazi u sudski spor lakomisleno, već se brižljivo priprema, pribavlja sve potrebne podatke i dokaze o relevantnim činjenicama, traži pravni savjet od kvalificirane osobe i sl. Vidjeti više kod A. Маркићевић, *Поштење и савесност у...*, op. cit., str. 62-64.

⁶³ U tom smislu M. Dika, *Građansko parnično pravo*, Parnične radnje..., op. cit., str. 344.

⁶⁴ Tako npr. doložno bi postupala stranka ukoliko inicira parnični postupak svjesna neosnovanosti svog zahtjeva.

⁶⁵ S grubom nepažnjom postupao bi tužitelj koji se prije pokretanja parničnog postupka za povrat određene stvari nije obratio tuženom u vezi s povratom stvari, na primjer kod ugovora o posuđivanju u kojem nije određen rok za povrat stvari.

⁶⁶ To će biti slučaj kada stranka nije dostavila izvorne dokumente na zakazano ročište, čije je kopije podnijela s podneskom, a ročište je zakazano za izvođenje dokaza ili kada je na raspravu došla nepripremljena misleći da će ročište biti odgođeno.

S obzirom na navedeno, smatramo da valja napraviti distinkciju između nesavjesnog korištenja procesnih ovlaštenja i njihove zloupotrebe. S aspekta stupnja krivnje, nesavjesno postupanje može biti rezultat i namjere i nehaja, dok bi zloupotreba postojala samo u slučaju (zle) namjere i grubog nehaja. Stoga, zloupotreba procesnih ovlaštenja pretpostavlja da stranka poduzima radnju iako je svjesna njezine nedopustivosti.⁶⁷ Ukoliko se parničnoj stranci ne može pripisati dolus ili grubi nehaj, već samo obični nehaj, u tom slučaju možemo govoriti o nesavjesnom vršenju procesnog prava, jer se takvo nemarno ponašanje smatra povredom dužnosti savjesnog parničnjenja, odnosno savjesnog vođenja postupka.⁶⁸ U tom smislu, postoje dvije različite kategorije: nesavjesno vršenje procesnih ovlaštenja i zloupotreba procesnih ovlaštenja.

Ostali konstituenti kao osnova odgovornosti zbog zloupotrebe procesnih ovlaštenja

Osim osnovnih kriterija koji su bili predmet obrade a koji važe za najčešće korištene u prepoznavanju procesne zloupotrebe, u teoriji i judikaturi postoje i drugi kriteriji koji su u osnovi determinirani nemoralnošću, proturječnim ili neprimjerenim ponašanjem parnične stranke.

Tako, smatra se da nesavjesno postupa odnosno da zloupotrebljava svoja prava parnična stranka koja *neprimjereno* vrši svoja procesna ovlaštenja. Ovdje je relevantan način kako se pojedinac ponaša da bi ostvario svoj cilj. Zloupotrebu prava ne čini samo razlog zbog kojeg se pravo vrši, već i način vršenja tog prava. Stoga, i kada je cilj dopušten, poduzimanje pojedine radnje može se tretirati kao nedopušteno zbog neprimjerenosti u načinu ostvarivanja konkretnog cilja. Tako npr. postoji neprimjereno vršenje ukoliko tužitelj, umesto da jednom tužbom u cijelosti zahtijeva isplatu dospelog duga, dužnika tuži sukcesivno, u više navrata, čime ga izlaže neugodnostima i nepotrebnim troškovima.

Kao procesna zloupotreba može se okarakterizirati i postupanje koje je u kontradikciji odnosno proturječnosti s prethodno poduzetom radnjom – *venire contra factum proprium*. Ako je stranka svojim procesnim ponašanjem prije ili tijekom postupka dala povoda da se to smatra kao da nema neko pravo ili da nešto neće učiniti, a kasnije koristi procesne mogućnosti i mehanizme koje joj pruža zakon na način da njezino postupanje proturječi prethodnom ponašanju, naknadno poduzeta radnja trebala bi se tretirati kao nedopuštena.⁶⁹ Bit ovog kriterija sastoji se u promjeni ponašanja. Postupanje koje je suprotno prethodnom ponašanju smatra se nedopuštenim ako je promjena ponašanja nastala i pored toga što se onaj kojemu ta promjena škodi mogao osloniti na prethodno ponašanje svog protivnika odnosno vjerovati u kontinuitet njegova ponašanja, zbog čega se i sam vodio

⁶⁷ Tako i S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 202.

⁶⁸ U tom smislu i B. Poznić, V. Rakić Vodinić, op. cit., str. 144.

⁶⁹ Tako i M. Dika, *Zlouporebe u građanskom postupku...*, op. cit., str. 186.

takvim ponašanjem kod poduzimanja vlastitih procesnih radnji.⁷⁰ U tom momentu, nedosljednost u ponašanju parnične stranke prestaje biti njezina osobna stvar i postaje pravno relevantna jer nepovoljno utječe na protivnika.⁷¹ Najčešće ove radnje prepoznavamo kao procesne prijevare.

U tom smislu nedopustivom bismo smatrali povredu *pactum de non petendo*, slučaj kada tijekom parnice prigovor zastare ističe onaj koji je svojim ponašanjem pridonio da protivnik vjeruje kako ne treba podnositi tužbu, zbog čega ovaj propušta rok u kojem može utužiti svoje potraživanje odnosno ne prekida rok zastare; situacija u kojoj su stranke, nakon što su dobile poziv za pripremno ročište, zaključile izvansudsku nagodbu, zbog čega su se dogovorile da se na ročište javi samo tužilac kako bi povukao tužbu, međutim tužilac ne povlači tužbu, a zbog izostanka tuženog sud donosi presudu zbog izostanka; slična je situacija kada se nakon primitka tužbe tuženi obratio tužiocu da spor riješe izvansudskim putem, na što se tužilac suglasio, zbog čega tuženi ne podnosi odgovor na tužbu, a kako tužilac ne povlači tužbu, sud donosi presudu zbog ogluhe; i stranka koja se po primitku presude dogovori s drugom strankom da neće podnijeti pravni lijek, a ipak to učini, isto tako čini procesnu prijavu.⁷²

I nemoralne pobude parnične stranke diskvalificiraju poduzetu parničnu radnju, jer se i moral smatra granicom u vršenju prava, pa shodno tome smatramo nedopuštenima sve radnje koje su protivne moralu. Treba istaknuti da je relevantan društveni moral, a ne individualni moral pojedinca.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ideal kojemu teži svaki pravosudni sustav jest besprijekorno odvijanje postupaka pružanja pravne zaštite, što bi u kontekstu ideje o *bona fides* u parničnom postupku značilo da se sav procesni instrumentarij koji je na raspolaganju sudionicima u postupku koristi na savjestan i korektan način, bez malicioznih, abuzivnih i dilatornih taktika koje neizbježno izazivaju negativne posljedice i štetu, ne samo parničnom protivniku u određenoj parnici, već i pravosudnom sustavu u cjelini. Stoga smatramo da je zloupotreba prava u parničnom postupku negativna pojava. Ne samo što je suprotna temeljnim načelima pravnog poretka, već je suprotna i načelima društvenog morala. „Borba“ za pravo u sudnici se mora voditi dopuštenim sredstvima. Parnične stranke ne smiju izigravati smisao procesnih normi i pojedinih procesnih instituta. Kod poduzimanja procesnih radnji one trebaju biti vođene ciljem zbog kojeg su procesna ovlaštenja normirana. Iz tih razloga, potreba za uvođenjem etičkih vrijednosti u suvremeni parnični postupak više je nego nesporna.

⁷⁰ Tako V. Vodinić, *Takozvana...*, op. cit., str. 40.

⁷¹ *Ibid.*, str. 42.

⁷² U tom smislu i B. Poznić, V. Rakić Vodinić, op. cit., str. 144, A. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *Граѓанско процесно право*, книга прва, парнично право, Скопје, 2012., str. 119-120.

Najšire promatrano, zloupotreba procesnih prava može se definirati kao korištenje ovlaštenja propisanog procesnim zakonom radi postizanja cilja različitog od onog koji je zakonodavac imao na umu pri normiranju takvog prava. Procesna zloupotreba postoji kada se određeni zakonski propis koristi kako bi se postigao suprotan ili različit učinak od onog zbog kojeg je taj isti propis donesen. Sudionik u postupku zloupotrebljava svoje pravo kada je njegova procesna aktivnost, izvana promatrana, sasvim korektna, međutim po svom djelovanju i cilju koji se želi postići takvom radnjom tretira se kao nedopuštena. Procesne aktivnosti koje su naizgled korektne i pokrivene pravom, u konkretnoj situaciji mogu postati očite kao zloupotreba procesnog prava. Zbog toga, sud mora voditi računa o elastičnosti sadržaja određenih procesnih prava ukoliko ne želi da u njegovoj sudnici forma nadmaši suštinu prava i da formalizam trijumfira nad sadržajem. U tom smjeru, prema našem mišljenju, sve što se može objektivno ocijeniti kao nesavjesno i abuzivno treba podvesti pod široko postavljenu koncepciju doktrine *abusus iuris*.

Ne postoji norma koja se ne može zloupotrijebiti. Zakon je statičan, a stvarni život dinamičan. Zakonodavac nikada ne može biti toliko predvidljiv koliko život može biti inventivan. Tako je i u procesnom pravu. Bez obzira na sve brojnija ograničenja u vršenju prava, uvijek postoji potreba za općim principom koji zabranjuje zloupotrebu prava. Konkretno manifestacije života uvijek su bogatije od zakona. To znači da iz općeg pojma o zloupotrebi prava u kontinuitetu izlaze slučajevi u kojima su granice u vršenju prava sve jasnije i konkretnije postavljene, a ulaze novi slučajevi koje život stvara svojom inventivnošću.

BONA FIDES IN CIVIL LITIGATION

Procedural powers are not only provided by the law so that the sought legal protection could be provided to the litigants who addressed the court for adjudication in certain legal case, but also for the reason of protecting the legal order. Having in mind the social function that is carried out through the civil procedure, the litigants are obliged to act and behave loyally within the system of legal protection and to use their procedural right conscientiously. Taking in consideration the broad concept of conscientious use of right and powers, primarily, two duties are set in front of the litigants: conscientious use of procedural rights and not to abuse their procedural rights. The article is focused on analyzing certain questions that are related to the essence of this procedural duty and the legal responsibility, taken in broaden context.

Key words: *abuse of rights, civil procedure, conscientious use of procedural rights*